

Tilburg University

Voor- en nazorg door de bestuursrechter

Marseille, A.T.

Publication date:
2012

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Marseille, A. T. (2012). *Voor- en nazorg door de bestuursrechter*. Tilburg University.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Voor- en nazorg door de bestuursrechter

Rede, uitgesproken door Prof.mr.dr. A.T. Marseille

Prof.mr.dr. A.T. Marseille (1961) is sinds 1 maart 2011 als bijzonder hoogleraar Empirische bestudering van het bestuursrecht verbonden aan het departement staats- en bestuursrecht, encyclopedie en rechtsgeschiedenis van de Universiteit van Tilburg. Hij promoveerde in 1993 aan de Rijksuniversiteit Groningen bij Michiel Herweijer en Michiel Scheltema op een proefschrift met als titel *Voorspelbaarheid van bestuurshandelen*. Daarna werkte hij bijna zes jaar bij de sector bestuursrecht van de rechtbank Assen. Vanaf 1999 is hij werkzaam bij de vakgroep bestuursrecht en bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen.

Zijn onderzoek concentreert zich op bestuursrechtelijke geschilbeslechting, waarover hij, deels samen met anderen, in het afgelopen decennium aantal boeken publiceerde, waaronder *Procederen bij de bestuursrechter* (2003), *Mediation in bezwaar* (2003; met K.J. de Graaf & M. Herweijer), *Effectiviteit van bestuursrechtspraak* (2004), *Herijking van het belanghebbendebegrip* (2004; met o.m. J.C.A. de Poorter en B.W.M. de Waard), *Ruimte voor rechtsvorming* (2007; met K.J. de Graaf & A.J.H. Smit), *Feitenvaststelling in beroep* (2007; met o.m. T. Barkhuysen en L.J.A. Damen), *De zitting bij de bestuursrechter* (2009), *Comparitie en regie in de bestuursrechtspraak* (2010) en *Prettig Contact met de overheid 3; Handreiking Informele aanpak* (2011; met K.J. de Graaf en H.D. Tolsma).

Bert Marseille is als rechter-plaatsvervanger verbonden aan de rechtbank Groningen en is lid van de Awb-bezwaarschriftencommissie van de Rijksuniversiteit Groningen en van de bezwaar-adviescommissie van de gemeente Delfzijl. Voorts is hij bestuurslid van de Vereniging voor bestuursrecht VAR, redacteur van de Kennisbank Bestuursrecht, medewerker van de boekenraad van *Ars Aequi Libri*, medewerker van het katern *Ars Aequi* (bestuurs(proces)recht) en annotator van *AB Rechtspraak Bestuursrecht*.

Voor- en nazorg door de bestuursrechter,

ten einde de noodzaak hem te benaderen te beperken

Prof.mr.dr. A.T. Marseille

Rede

Uitgesproken bij de openbare aanvaarding van het ambt van
bijzonder hoogleraar *Empirische bestudering van het bestuursrecht*
bij Tilburg University, op vrijdag 27 januari 2012

© Bert Marseille, Tilburg University, 2012
ISBN: 978-94-6167-081-6

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of op enige andere manier.

Voor- en nazorg door de bestuursrechter,
ten einde de noodzaak hem te benaderen te beperken

1

Inleiding

Mijnheer de Rector Magnificus,
Mijnheer de Decaan van de Faculteit Rechtswetenschappen,
Zeer gewaardeerde collega's¹, familie en vrienden,

Van 1994 tot en met 1999 heb ik met veel plezier bij een rechtbank gewerkt. Sinds ik daar weg ben, krijg ik regelmatig de vraag of het me eigenlijk toch niet het leukste lijkt bestuursrechter te zijn. Ik antwoord dan meestal dat me dat heel erg leuk lijkt, maar dat ik het toch niet ambieer, omdat ik het nog veel leuker vind onderzoek te doen naar de bestuursrechter.

Alleen al om die reden voel ik mij verplicht in deze oratie iets te vertellen over de bestuursrechter. Maar ook als ik me er niet toe verplicht zou hebben gevoeld, had ik het waarschijnlijk gedaan. De reden is dat het zo'n fascinerende functie is. Bestuursrechters vormen een categorie professionals die hun werk met hart en ziel doen, maar de bestuursrechter is tegelijkertijd een functionaris waar je liefst niet op bent aangewezen. Immers, hij is slechts in beeld bij een conflict tussen overheid en burger. Een universeel bestuursrechtelijk ideaal is dan ook dat van de diensten van de bestuursrechter zo weinig mogelijk gebruik hoeft te worden gemaakt. Deze oratie gaat over de vraag hoe dat ideaal zo dicht mogelijk kan worden benaderd.

Daartoe wil ik onderzoeken hoe voor- en nazorg door de bestuursrechter daar een rol bij kunnen spelen. Met voorzorg door de rechter doel ik op de inspanningen van de bestuursrechter om te bewerkstelligen dat hij niet hoeft te oordelen over geschillen die er niet mee zijn geholpen dat hij er uitspraak in doet. Met nazorg doel ik op de activiteiten van de rechter die beogen te voorkomen dat een geschil, nadat hij er uitspraak in heeft gedaan, blijft voortduren en opnieuw bij hem terecht komt.

¹ Met dank aan Martje Boekema, Kars de Graaf en Boudewijn de Waard voor commentaar op een eerdere versie van deze oratie.

Maar ik wil nog meer. Ik wil ook iets zeggen over voorzorg voor de bestuursrechter.² Ik denk daarbij aan twee zaken. In de eerste plaats aan wat het bestuur kan doen om te voorkomen dat geschillen bij de rechter terecht komen, in de tweede plaats aan wat de wetgever kan doen om te garanderen dat de bestuursrechter alleen te maken krijgt met geschillen die er echt toe doen.

Mijn ambitie is echter niet onbeperkt. Er zijn aspecten van het optreden van de bestuursrechter die – ook al zijn ze van belang voor de vraag die ik hiervoor heb gesteld – niet aan de orde komen. Zo laat ik de vraag met welke elementen van het overheidshandelen de bestuursrechter zich wel en niet zou moeten bemoeien, buiten beschouwing.³

Mijn perspectief is afwisselend normatief en empirisch. Kennis over het gebruik en het functioneren van bestuursrechtelijke beroepsprocedures kan – indien beschikbaar – van waarde zijn voor het beantwoorden van de vraag hoe voor- en nazorg er aan kunnen bijdragen dat de noodzaak de bestuursrechter te benaderen tot een minimum wordt beperkt. Ik zal dan ook herhaaldelijk verwijzen naar resultaten van afgerond onderzoek en zinspelen op mogelijke uitkomsten van lopend onderzoek.

Hoe is mijn verhaal opgebouwd? Eerst zeg ik iets over de vier spelers die in het bestuursrecht een rol spelen, waarbij ik me concentreer op de bestuursrechter. Vervolgens stel ik de verschillende vormen van voor- en nazorg aan de orde. Ik sluit af met een conclusie.

² L.J.A. Damen schrijft in ‘Trekken aan een dood paard’, *O&A* 2010, p. 119-123: ‘De oratie is een zeer moeilijk genre.’ Dat ben ik met hem eens, in mijn geval alleen al omdat ik over de titel van de oratie moest beslissen voordat ik begonnen was met schrijven, met als gevolg dat de vlag van de titel de lading van de oratie niet volledig dekt.

³ Zie daarover: J.C.A. de Poorter & K.J. de Graaf, *Doel en functie van de bestuursrechtspraak: een blik op de toekomst*, Den Haag: Raad van State 2011.

2

Bestuursrecht en bestuursrechter

Het bestuursrecht

Het bestuursrecht gaat over interacties tussen overheid en burgers.⁴ De overheid neemt tal van besluiten die burgers direct in hun belangen kunnen raken. Te denken valt aan het verlenen of weigeren van een bouwvergunning, het toekennen of intrekken van een bijstandsuitkering en het opleggen van een belastingaanslag. In al haar handelen is de overheid gebonden aan de wet. Wie het niet eens is met een besluit van de overheid in haar hoedanigheid van bestuursorgaan kan zich tot de bestuursrechter wenden, tenminste, als hij voorafgaand daaraan bezwaar heeft gemaakt bij het bestuursorgaan dat het besluit heeft genomen. De rechter toetst vervolgens of het besluit rechtmatig is.

Het bestuursrecht kent derhalve vier spelers: *de wetgever*, die aan tot de overheid behorende bestuursorganen bevoegdheden toekent, een groot aantal bestuursorganen (of kortweg: *het bestuur*) dat die bevoegdheden uitoefent, *burgers*, die de positieve of negatieve gevolgen daarvan ondervinden en *de rechter*, bij wie het handelen van het bestuur ter discussie kan worden gesteld. Die rechter is niet altijd de bestuursrechter, maar meestal wel, want de kernactiviteit van het bestuur is het nemen van besluiten en dat is de categorie bestuurshandelen waar de bestuursrechter over kan oordelen.

De bestuursrechter als gast in het besluitvormingsproces van het bestuur

De bestuursrechter kan op ten minste twee manieren worden gekarakteriseerd: als ‘gast in het besluitvormingsproces van het bestuur’ en als ‘geschilbeslechter’. Afgaande op hoofdstuk 8 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), waarin de procedure bij de bestuursrechter is geregeld, is de bestuursrechter een gast in het besluitvormingsproces van het bestuur. Het bestuur neemt besluiten die door belanghebbende burgers ter vernietiging aan de bestuursrechter kunnen worden voorgelegd. Is een burger de mening toegedaan dat een bepaald besluit van het bestuur onrechtmatig is, dan kan hij de rechter vragen dat besluit te vernietigen.

Komt de rechter tot de conclusie dat het besluit rechtmatig is, dan verklaart hij het beroep ongegrond en blijft het besluit van het bestuur in stand. Vindt de rechter dat het bestuur er niet in is geslaagd een rechtmatig besluit te nemen,

⁴ Voor uitvoeriger definities: R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010, p. 3-15; Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, 15de dr., Amsterdam: Reeds Business 2011, p. 1-5; M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer 2011, p. 2-7.

dan verklaart hij het beroep gegrond en vernietigt hij het besluit. Met zijn uitspraak beëindigt de rechter zijn rol als gast.

De vernietiging van een besluit betekent meestal dat het bestuur een nieuw besluit in de plaats van het vernietigde besluit moet nemen. Het moet een poging doen het door de rechter aan het besluit geconstateerde gebrek (bijvoorbeeld: het besluit is onzorgvuldig voorbereid of het is niet goed gemotiveerd) te herstellen.

Tegen het nieuwe besluit is ook weer beroep mogelijk. Besluitvorming kan zodoende resulteren in een proces van *trial and error*: het bestuur doet een poging een rechtmatig besluit te nemen, dat op verzoek van een belanghebbende door de bestuursrechter tegen het licht wordt gehouden, met als mogelijk resultaat dat het bestuur het nog een keer moet proberen.

De burger die beroep heeft ingesteld is in zekere zin toeschouwer in zijn eigen procedure. Zijn rol is slechts om besluiten ter vernietiging bij de rechter voor te dragen.⁵ De reden dat hij beroep heeft ingesteld is meestal een andere: zekerheid over de vraag of hij recht heeft op bijstand, of zijn buurman wel of niet mag bouwen of hoeveel belasting hij moet betalen. De procedure bij de bestuursrechter biedt hem niet de garantie van een antwoord op die vraag. Dat is een probleem.

De bestuursrechter als geschilbeslechter

Behalve als gast in het besluitvormingsproces van het bestuur kan de bestuursrechter ook worden gekarakteriseerd als geschilbeslechter, dat wil zeggen, als instantie die geschillen tussen bestuur en burger bindend beslecht.⁶ De geschillen waar de bestuursrechter zich mee bezighoudt, zijn zowel gewoon als bijzonder. Bijzonder is dat ze niet twee gelijkwaardige partijen betreffen die elk de vrije beschikking hebben over hun rechten. Bijzonder is voorts dat de burger per definitie degene is die de rechter benadert. Voor het overige wijken de geschillen die aan de bestuursrechter worden voorgelegd niet wezenlijk af van de geschillen die de civiele rechter behandelt: twee partijen verschillen van mening over de rechten en plichten die ze ten opzichte van elkaar hebben; de rechter moet daarover een oordeel vellen. In dat opzicht zijn bestuursrechtelijke geschillen gewoon.

⁵ N. Verheij, 'Een klantvriendelijke rechter', in: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), *Nieuw bestuursprocesrecht*, Deventer: Kluwer 1992.

⁶ Zie over de hoedanigheid van de bestuursrechter als geschilbeslechter uitvoerig: D. Allewijn, *Tussen partijen is in geschil... De bestuursrechter als geschilbeslechter* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu uitgevers 2011.

Wordt de bestuursrechter gezien als beslechter van geschillen die meer ‘gewoon’ dan ‘bijzonder’ zijn, dan verschilt zijn rol in ten minste drie opzichten van die van gast in het besluitvormingsproces van het bestuur.

In de eerste plaats moet de rechter als geschilbeslechter zich er maximaal voor inspannen dat de burger die beroep bij hem heeft ingesteld aan het einde van de procedure zekerheid heeft over zijn rechtspositie: hoe veel belasting moet hij betalen, heeft hij recht op een uitkering, mag hij bouwen?

In de tweede plaats is van belang dat de burger de rechter benadert omdat hij een conflict heeft met de overheid. Dat brengt hem ertoe beroep in te stellen tegen een besluit. Een rechter die zich als geschilbeslechter ziet, zal zich steeds de vraag stellen of het geschil tussen overheid en burger dat aanleiding was voor het beroep, er mee is gebaat dat hij een oordeel geeft over de rechtmatigheid van het bestreden besluit. Als er slechts een hele kleine kans is dat de houder van een bouwvergunning, door de procedure die zijn buurman tegen die vergunning voert, zijn bouwplan moet opgeven of aanpassen, weegt dat dan op tegen de advocaatkosten, de slapeloze nachten en de verstoorde verhoudingen?

Wordt de rechter gezien als geschilbeslechter, dan heeft dat in de derde plaats gevolgen voor de positie van partijen in de procedure. Een bestuursrechter die alleen maar gast is in een bestuurlijk besluitvormingsproces, zal niet bijzondere aandacht hebben voor de vraag hoe de burger de procedure bij de rechter ervaart en of hij er achteraf met een goed gevoel op terugkijkt. De burger is immers niet veel meer dan de initiator van een controleactie van de rechter ten opzichte van het bestuur. Maar als de procedure bij de bestuursrechter wordt gezien als een procedure ter beslechting van een geschil, met een winnaar en een verliezer, is van belang dat partijen voldoende zijn geïnformeerd over de spelregels van de procedure, dat ze er zeker van kunnen zijn dat ze serieus worden genomen en dat ze voldoende mogelijkheden hebben hun standpunt onder de aandacht van de rechter te brengen. We weten uit de sociale psychologie dat hoe mensen terugkijken op een procedure ter beslechting van een geschil, niet alleen wordt bepaald door de uitkomst, maar ook door hoe zij de gang van zaken tijdens de procedure hebben beleefd. We spreken dan over procedurele rechtvaardigheid. Is daar sprake van, dan vergroot dat de kans dat betrokkenen de uitkomst van de proce-

dure accepteren, ook al is die anders dan gehoopt.⁷

Wat is de bestuursrechter, gast of geschilbeslechter? En hoe kijkt hij tegen zijn taak aan? Gezien zijn aandacht voor voor- en nazorg, waarover ik hierna kom te spreken, ziet hij zich inmiddels minder als gast in het bestuurlijk besluitvormingsproces dan als geschilbeslechter.

⁷ De literatuur over procedurele rechtvaardigheid is overvloedig. Zie onder meer: J.M. Barendrecht & M.A. Gramatikov, 'Aanvaardbaarheid van rechtspleging', *NJB* 2010, p. 1102-1110; Kees van den Bos, *Vertrouwen in de overheid: wanneer hebben burgers het, wanneer hebben ze het niet, en wanneer weten ze niet of de overheid te vertrouwen is?* Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2011; A.F.M. Brenninkmeijer, 'Een eerlijk proces', *NJB* 2009, 1603, p. 2050-2056; E.A. Lind & T.R. Tyler, *The social psychology of procedural justice*, New York: Plenum Press 1988; Janneke van der Linden, *De civiele zitting centraal: informeren, afstemmen en schicken* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2010, p. 19-32; Tom R. Tyler, *Why people obey the law*, Princeton, New Jersey 2006; B.C.J. van Velthoven, 'Over het relatieve belang van een eerlijke procedure: procedurele en distributieve rechtvaardigheid in Nederland', *RM Themis* 2011, p. 7-16.

3 Voorzorg door de bestuursrechter

Wat houdt voorzorg door de rechter in? Vroeger – in het bestuursrecht is dat meestal niet meer dan een jaar of twintig geleden – ging de bestuursrechter er als automatisme van uit dat wie beroep bij hem instelde, wist wat hij van hem kon verwachten, namelijk: een oordeel over de rechtmatigheid van een besluit van het bestuur. ‘Omdat overduidelijk is wat ik doe,’ redeneerde de rechter, ‘mag ik er van uitgaan dat een appellant die beroep bij mij instelt daarvan op de hoogte is. Ik mag er dus ook van uitgaan dat van mij slechts wordt verwacht dat ik een oordeel geef over de rechtmatigheid van het besluit waar het beroep zich tegen richt.’

De bestuursrechter is afgestapt van deze recht-toe-recht-aan benadering. Tot zijn werk behoort nog steeds het vellen van oordelen over de rechtmatigheid van besluiten van bestuursorganen, maar hij is er inmiddels van doordrongen dat dat niet altijd is waar partijen mee geholpen zijn en zelfs niet altijd waar ze op uit zijn.

Ter toelichting zij het volgende vermeld. Als beroep wordt ingesteld bij de bestuursrechter, is per definitie sprake van een conflict. Zeker is dat het besluit van het bestuur een rol speelt in het conflict, dat de burger die beroep heeft ingesteld partij is in dat conflict en dat het bestuursorgaan dat het besluit heeft genomen, betrokken is bij (en mogelijk ook partij is in) het conflict. Maar het is niet gezegd dat het juridische geschil, over de rechtmatigheid van het besluit waar het beroep zich tegen richt en waarover de rechter moet oordelen, samenvalt met het conflict dat aanleiding was om een procedure bij de bestuursrechter te beginnen.⁸ Soms is dat het geval, maar lang niet altijd. Naarmate het juridische geschil minder overlap vertoont met het conflict, zal de uitspraak van de rechter van minder betekenis zijn voor de oplossing van het conflict tussen partijen.

Ik geef een voorbeeld. Bijna tien jaar geleden heb ik een tijd lang regelmatig zittingen van de bestuursrechter bezocht, in het kader van een onderzoek naar de bijdrage van de zitting aan de uitkomst van de procedure bij de bestuursrechter.⁹ De zitting die mij het meest bijstaat, betrof het beroep van de bewoner van een huis aan de Nieuwe Gracht in Utrecht tegen een besluit van het college van burgemeester en wethouders (B&W) van Utrecht.¹⁰

⁸ Zie over het onderscheid tussen geschil en conflict: Allewijn 2011, p. 109-113.

⁹ A.T. Marseille, *De zitting bij de bestuursrechter*, Den Haag: BJu 2009(a).

¹⁰ Marseille 2009a, p. 187-190.

De bewoner had zijn huis met zorg opgeknapt. Aan het huis van zijn buurvrouw was al jaren geen onderhoud gepleegd. Appellant had B&W gevraagd toepassing te geven aan een bepaling in de Woningwet die inhoudt dat de eigenaar van een woning die verzuimt het nodige onderhoud te plegen, kan worden opgedragen dat te doen. B&W hadden het verzoek afgewezen. Het beroep was tegen die afwijzing gericht.

Op de zitting waren aanwezig: de rechter, de griffier, de appellant, diens advocaat, twee ambtenaren van de gemeente Utrecht, een belangstellende en ikzelf. De rechter vroeg de belangstellende, een chique maar enigszins onverzorgde en afwezig ogende bejaarde dame, wie zij was. Het bleek de buurvrouw. De uitnodiging van de rechter om op de voorste rij te komen zitten – ze was tenslotte partij in het geschil – sloeg ze af.

Tijdens de zitting bleek steeds duidelijker dat niet alle aanwezigen het idee hadden bij de rechter op de juiste plaats te zijn. De vertegenwoordigers van B&W wel, die waren benieuwd naar de opvatting van de rechter over de uitleg van de relevante bepaling van de Woningwet. De advocaat wilde gewoon de zaak winnen, met als strategie een frontale aanval op de buurvrouw. De buurvrouw straalde vooral uit: wat hier gebeurt vind ik interessant, maar is uiteindelijk irrelevant. De appellant leek zich ongemakkelijk te voelen, vanwege de mogelijkheid dat het verbale geweld van zijn advocaat zou leiden tot een gewonnen beroepszaak, maar ten koste zou gaan van de broze verhouding met zijn buurvrouw. De rechter ten slotte zat op de lijn van de gemeenteambtenaren. Hij keer er naar uit een rechtsvormende uitspraak te doen.

Ik heb geen idee hoe het is afgelopen met het conflict aan de Nieuwe Gracht,¹¹ maar ik vermoed dat de uitspraak van de rechter daarin niet van beslissende betekenis is geweest. Waarom niet?

Om die vraag te beantwoorden is het noodzakelijk kort iets te zeggen over conflicten. De mooiste definitie die ik daarvan ken, is de volgende: de overtuiging van partijen dat hun beider aspiraties niet tegelijkertijd kunnen worden

¹¹ Het *beroep* werd gegrond verklaard en het bestreden besluit vernietigd omdat verweerder had verzuimd ter plaatse een onderzoek in te stellen. Zie: Marseille 2009, p. 190.

gerealiseerd.¹² Een conflict komt tot uitdrukking in tegengestelde standpunten. Aan de Nieuwe Gracht: 'U moet uw huis opknappen!' versus: 'U moet mij met rust laten!' Die standpunten zijn tegengesteld, en lijken onverzoenbaar. Uit de in de sociale wetenschappen ontwikkelde theorievorming over conflicten weten we dat standpunten de uitdrukking vormen van belangen.¹³ Die relatie is bijna nooit eenduidig. Een standpunt is zwart-wit, belangen zijn rijkgeschakeerd. Als er mogelijkheden zijn conflicten op te lossen, dan zijn die gelegen in het onderscheid tussen standpunten en belangen.

Wat zijn de belangen van iemand die in een conflict verzeild is geraakt? De belangen van een partij in een conflict kunnen in vier categorieën worden onderverdeeld: materiële, processuele, relationele en principiële.¹⁴ Het materiële belang betreft de inzet van het conflict in geld uitgedrukt, processuele belangen hebben te maken met de behoefte aan een procedure met gelijke proceskansen en een neutrale en deskundige beslisser, relationele belangen zien onder meer op de vraag of partijen met elkaar verder moeten, principiële belangen hebben te maken met opvattingen over wat ethisch, rechtvaardig en eerlijk is.

Als het materiële belang van de bewoner van het goed onderhouden huis aan de Nieuwe Gracht groot is en het relationele belang klein, dan is voorstelbaar dat hij er mee geholpen is dat de rechter beslist dat het gemeentebestuur de buurvrouw moet aanschrijven haar huis op te knappen. Afgaande op wat ik me van die zitting herinner, was dat niet het geval. In een zaak als die over de Nieuwe Gracht is de kans groot dat de uitspraak van de rechter geen van de bij het conflict betrokken partijen verder helpt.

Het is echter de vraag of een zaak als die over de Nieuwe Gracht representatief is voor de conflicten die tot procedures bij de bestuursrechter leiden. Geldt voor die procedures niet veelal dat het juridische geschil over het besluit zo goed als samenvalt met het conflict in het kader waarvan de bestuursrechter wordt benaderd? Vijftien à twintig jaar geleden had ik die vraag waarschijnlijk bevestigend beantwoord en als voorbeeld genoemd: beroepsprocedures tegen het weigeren

¹² Jeffrey Z. Rubin, Dean G. Pruitt & Sung Hee Kim, *Social Conflict* (second edition), New York: McGraw-Hill, Inc. 1994, p. 5-7.

¹³ Rubin, Pruitt & Kim 1994, p. 168 e.v.

¹⁴ Y.P. Kamminga, J.M. Barendrecht & C.M.C. van Zeeland, 'Waar het mensen om gaat en wat het burgerlijk recht daarmee kan', *NJB* 2003, p. 818-827.

en intrekken van arbeidsongeschiktheidsuitkeringen. Daar speelt per definitie een financieel belang en bovendien, als de uitkomst van de procedure is dat de appellant alsnog zijn uitkering krijgt of behoudt, is het conflict opgelost – zou je denken.

Sinds ik iemand ken die zelf tegen de intrekking van een WAO-uitkering heeft geprocedeerd en sinds ik een officieel interview heb afgenomen met Dick Allewijn,¹⁵ een rechter die talloze arbeidsongeschiktheidszaken heeft behandeld en nu ook actief is als mediator, weet ik het niet meer zo zeker. Want uit het verhaal van mijn kennis en uit de analyse van Dick Allewijn komt naar voren dat de gang van zaken bij het onderzoek door de verzekeringsarts een factor van betekenis is in de beslissing om al dan niet te appelleren tegen een negatieve beslissing over het recht op een arbeidsongeschiktheidsuitkering. In abstracte termen geformuleerd: het principiële belang is wellicht van grotere betekenis voor de vraag of beroep wordt ingesteld dan het materiële belang.

De conclusie is derhalve dat, gezien vanuit de belangen van burgers die een conflict hebben met de overheid, het winnen van een procedure bij de rechter tegen een besluit dat met dat conflict te maken heeft, niet hoeft te betekenen dat het conflict is opgelost of beëindigd.

Er is nog een andere invalshoek die kan helpen te achterhalen wanneer burgers die in beroep gaan bij de bestuursrechter wel en niet geholpen zijn met een rechterlijke uitspraak. Die betreft de strategieën waar partijen in een conflict zich van bedienen. De uit de sociale psychologie afkomstige ‘Dual Concern theory’ onderscheidt vier strategieën: avoiding, yielding, contending en problem solving.¹⁶ Ik vertaal ze als: vermijden, wijken, vasthouden en oplossen.

Afgaande op wat op de zitting in Utrecht over het conflict tussen de burens aan de Nieuwe Gracht naar voren kwam, was de strategie van de buurvrouw avoiding (vermijden), die van de advocaat van de buurman contending (vasthouden) en lag de werkelijke voorkeur van de buurman bij problem solving (oplossen).

¹⁵ A.T. Marseille, H.D. Tolsma & K.J. de Graaf, *Prettig contact met de overheid 3; Juridische handreiking informele aanpak*, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2011, p. 120-129.

¹⁶ Rubin, Pruitt & Kim 1994, p. 29-37.

Onder elk besluit van een bestuursorgaan staat vermeld dat daartegen bezwaar kan worden gemaakt of beroep kan worden ingesteld. Het formele bestuursrecht biedt de betrokkene bij een besluit derhalve de keuze tussen yielding en contending. De bezwaarprocedure is van oorsprong bedoeld als procedure waarin problem solving als strategie een plaats kan hebben, maar die procedure is meer en meer geformaliseerd. Pas de laatste jaren is sprake van een kentering. Ik kom daar op terug.

Voor de beroepsprocedure bij de bestuursrechter geldt zonder meer dat die uitgaat van twee partijen die beide voor de strategie contending hebben gekozen. De bestuursrechter is alleen geïnteresseerd in de standpunten van partijen en beoordeelt wiens standpunt in het licht van het recht het meest overtuigend is.

Door in beroep te gaan, heeft de appellant de keuze gemaakt voor de strategie contending. Dat wil echter niet zeggen dat dat voor hem ook de beste strategie is. Redeneert de rechter, zoals vroeger gebeurde, dat de appellant die strategie bewust heeft gekozen, dan is dat te gemakkelijk gedacht, want de rechtsmiddelen-clausule onder het besluit bood de burger slechts twee mogelijkheden: yielding en contending.

De rechter kan ook redeneren dat de kansen voor problem solving al zijn geweest; dat had ten tijde van de totstandkoming van het besluit en in de bezwaarfase kunnen gebeuren. Ook dat is te gemakkelijk gedacht, want het feit dat de bezwaarprocedure niet heeft geleid tot de oplossing van het conflict, wil niet zeggen dat bij de bestuursrechter niet alsnog een oplossing kan worden bereikt.

Er is dus alle reden voor de rechter om tegen de appellant die bij hem in beroep is gekomen, te zeggen: 'Het besluit van het bestuur heeft u de keuze geboden tussen yielding en contending. U heeft gekozen voor contending, wat ik begrijp, gezien het standpunt dat u in uw beroepschrift heeft ingenomen. Ik wil best voldoen aan uw wens het beroep te beoordelen, maar toch wil ik eerst met u nagaan of er voor u reden is om, gezien uw belangen, een andere strategie – problem solving, of wellicht zelfs: yielding – te kiezen.' Nog iets simpeler geformuleerd, zou de rechter kunnen zeggen: 'Weet u zeker dat u bij mij, gezien uw belangen, wel aan het goede adres bent?' Dat is voorzorg door de rechter.

Voorzorg in de praktijk

We weten nu op grond van welke redenering de rechter kan beslissen voorzorg te bieden. De volgende vraag is uiteraard hoe vaak bestuursrechters in de praktijk voorzorg bieden en, als ze dat doen, wat het oplevert. Een onderzoek dat ik in 2008 en 2009 bij een viertal rechtbanken (Dordrecht, Leeuwarden, Roermond en Utrecht) heb uitgevoerd, biedt daar enig inzicht in.¹⁷

Het onderzoek betrof een experiment om beroepszaken zo snel mogelijk op de zitting of (in Dordrecht en Roermond) op een comparitie in de zin van artikel 8:44 Awb te agenderen. Een van de doeleinden van het experiment was dat de rechter meer aan voorzorg zou doen. Het idee was dat de vroege bijeenkomst van rechter en partijen daarbij zou helpen. Immers, aangenomen kan worden dat het effectiever is de vraag of partijen in het geschil wel zijn geholpen met een uitspraak, vlak na de start van de procedure stellen, dan bijna aan het eind.

Hoe vaak had de rechterlijke voorzorg tot gevolg dat partijen ‘contending’ als strategie inruilden voor ‘problem solving’ of ‘yielding’? Een eerste observatie is dat de comparities in Dordrecht en Roermond veel vaker dan de zittingen in Leeuwarden als resultaat hadden dat partijen een poging gingen wagen tot een vergelijk te komen of dat een van de partijen tot de conclusie kwam dat hij geen kans had de procedure te winnen, resulterend in de intrekking van het beroep.¹⁸ In Dordrecht en Roermond leidde de comparitie in een kwart van de gevallen tot overleg of intrekking, in Leeuwarden slechts in 2% van de gevallen.¹⁹ Wat kan het verschil verklaren? Uit de verslagen van de zittingen en comparities blijkt dat de rechters in Leeuwarden eigenlijk nooit de vraag aan de orde stelden of partijen bij hen op de juiste plek zijn en de rechters in Dordrecht en Roermond regelmatig. Over Roermond weten we op dat punt het meest. Daar hebben rechters gedurende het experiment van elke comparitie een kort verslag gemaakt, waarin het verloop en de uitkomst van de comparitie is weergegeven.²⁰ Op basis van deze verslagen is een globaal beeld te geven van de acties die de rechter ondernam om partijen tot overeenstemming of acceptatie te brengen en het succes dat hij daarmee boekte.

¹⁷ A.T. Marseille, *Comparitie en regie in de bestuursrechtspraak*, Groningen: Vakgroep bestuursrecht en bestuurskunde 2010(a).

¹⁸ Marseille, 2010a, p. 183-231.

¹⁹ Dordrecht: 27% (n = 146), Roermond: 25% (n = 174); Leeuwarden: n = 89; zie: A.T. Marseille, ‘Effecten van informalisering van bestuursrechtspraak’, *NTB* 2010(b), 35, p. 221-229.

²⁰ Het betrof verslagen van 174 ter comparitie behandelde zaken.

Op 33% van de Roermondse comparities deed de rechter een poging partijen met elkaar in gesprek te brengen, een schikking te bewerkstelligen of een van de partijen te bewegen de handdoek in de ring te werpen. In 13% betrof het een poging tot overleg, in 8% een schikkingspoging en in 12% een poging een van de partijen tot opgave te bewegen.

Als de rechter een poging deed, boekte hij in drie van de vier gevallen (in meer of mindere mate) succes. Anders gezegd: 25% van de comparities resulteerde in overleg of opgave, of in de beslissing van (een van de) partijen dit te overwegen.²¹

Opvallend is dat de strategie van de rechter verschilt per soort zaak. Wordt vergeleken tussen ruimtelijke ordenings- en handhavingszaken enerzijds en socialezekerheidszaken anderzijds, dan is in de eerste plaats te zien dat in ruimtelijke ordenings- en handhavingszaken de rechter veel vaker alternatieven voor een uitspraak aan de orde stelt dan in socialezekerheidszaken.²² In comparities waar een ruimtelijke ordenings- of handhavingszaak aan de orde was, besprak de rechter in meer dan de helft van de gevallen met partijen de mogelijkheid van een alternatief voor de uitspraak. In socialezekerheidszaken gebeurde dit slechts een op de vijf keer.²³

Daarnaast blijkt uit de Roermondse verslagen van comparities dat als de rechter een alternatief voor een uitspraak ter sprake bracht, het per categorie zaak verschilde welk alternatief dat was. Stelde de rechter bij socialezekerheidszaken de vraag aan de orde of partijen bij hem aan het juiste adres waren, dan begon de rechter meestal niet over overleg of mediation, maar over de kans van slagen van het beroep van appellant. Bij ruimtelijke ordeningszaken spitste de vraag of een uitspraak van de rechter meerwaarde voor partijen had, zich meestal juist toe op de mogelijkheid van overleg of mediation.

²¹ Het volledige of gedeeltelijke succes van de rechter betrof in 10% van de comparities de afspraak dat partijen met elkaar in overleg zouden gaan, in 4% een schikking tussen partijen en in 11% de aanvaarding van het verlies van de procedure door een van de partijen. Boekte de rechter succes, dan was dat in driekwart van de gevallen een volledig succes, in een kwart van de gevallen een voorwaardelijk succes.

²² Van 164 zaken is de aard van de zaak vastgesteld; 94 daarvan betroffen socialezekerheidszaken, 35 ruimtelijke ordenings- en handhavingszaken, de 35 overige zaken vormden de categorie 'overig'. In 45 comparities was een alternatief voor een uitspraak aan de orde.

²³ Ruimtelijke ordening: 18 van de 35 zaken. Sociale zekerheid: 19 van de 94 zaken (bij de categorie 'overig' ging het om 8 van de 35 zaken). Het verschil tussen de ruimtelijke ordeningszaken en de socialezekerheidszaken is statistisch significant (Tau-b = .31, $p < .01$).

Wat kan uit deze gegevens worden geconcludeerd? Een ding is zeker: pogingen van de rechter om voorzorg te bieden, leveren wat op. Het verschil tussen Leeuwarden enerzijds en Dordrecht en Roermond anderzijds laat dat duidelijk zien. De vraag is echter of de rechters die aan voorzorg doen, hun mogelijkheden ten volle benutten. De in Roermond geconstateerde verschillen tussen ruimtelijke ordenings- en socialezekerheidszaken doen vermoeden dat het voorzorgplafond nog niet is bereikt. Een andere vraag is hoe partijen aankijken tegen en terugkijken op voorzorg biedende rechters. Hoe beoordelen ze het optreden van de rechter,²⁴ hoe tevreden zijn ze over de uitkomst van de procedure? Daar is nog maar weinig over bekend.

²⁴ Sceptisch over informalisering van rechtspraak: J. Griffiths, 'Vertrouwen in de rechtspraak? (vervolg). Rechtspraak en rechtsstaat', *NJB* 2011, 1816, p. 2426-2435.

4

Nazorg door de bestuursrechter

Nazorg als activiteit van de bestuursrechter is al wat langer in beeld dan voorzorg. Wat houdt nazorg door de rechter in? De vraag naar nazorg is aan de orde als de rechter een beroep gegrond verklaart en het bestreden besluit vernietigt. Dat gebeurt in ongeveer een op de drie zaken die hij behandelt.²⁵ De consequentie daarvan is dat het bestuur – uitzonderingen daargelaten – een nieuw besluit moet nemen.

Als je de rechter ziet als gast in het bestuurlijke besluitvormingsproces en het besluitvormingsproces zelf als een proces van *trial and error*, dan is een vernietiging niet zo'n probleem. De rechter is dan de functionaris die de vinger op de zere plek van het besluit legt en het bestuur veel succes wenst met het voortzetten van de poging een rechtmatig besluit te nemen. Die visie botst met het idee dat de rechter, als geschilbeslechter, het laatste woord zou moeten hebben in het geschil tussen bestuur en burger, dat hij de functionaris is die als taak heeft de rechtsverhouding tussen partijen definitief vast te leggen.

Als iemand er bezwaar tegen heeft dat aan zijn buurman een vergunning om te bouwen wordt toegekend, dan wil hij van de rechter weten of zijn buurman wel of niet mag bouwen. Wordt zijn beroep ongegrond verklaard, dan weet hij met de uitspraak van de rechter waar hij aan toe is. De rechter heeft het door hem bestreden besluit – de omgevingsvergunning van de buurman – in stand gelaten, met als consequentie dat de buurman mag bouwen. Is het beroep gegrond en wordt de vergunning vernietigd, dan betekent dat echter niet per definitie dat de buurman zijn bouwplan moet opgeven. Dat hangt af van de reden waarom de rechter heeft geoordeeld dat de vergunning onrechtmatig is.

Vaak houdt de vernietiging van een besluit niet meer in dan de constatering door de rechter dat het niet goed is gemotiveerd of dat er nog onduidelijkheid is over de feiten die voor het besluit van belang zijn. Het bestuur krijgt een nieuwe kans. In ieder geval tot het een nieuw besluit heeft genomen, is onduidelijk wie in het geschil over de vergunning aan het langste eind zal trekken. Het kan nog alle kanten op. Mocht het bestuur ten tweede male besluiten de buurman de door hem gewenste vergunning voor zijn bouwplan te verlenen, dan kan dat besluit weer bij de rechter worden aangevochten. Mocht het bestuur alsnog

²⁵ A.T. Marseille, K.J. de Graaf & A.J.H. Smit, *Ruimte voor rechtsvorming*, Den Haag: BJu 2007; A.T. Marseille, 'De stormloop op het hoger beroep bij de Centrale Raad van Beroep', *NJB* 2009(b), 1326, p. 1716-1723.

besluiten de vergunning niet te verlenen, dan is ook tegen dat besluit beroep mogelijk. Achteraf bezien was de eerste uitspraak van de rechter slechts een eerste stap in een rechtsstrijd die nog lang kan duren.

Een bestuursrechter die zich als geschilbeslechter ziet, zal, als hij een beroep gegrond verklaart en het bestreden besluit vernietigt, daar niet mee willen volstaan.²⁶ Zijn ambitie is partijen duidelijkheid over hun rechtspositie te bieden. Daar moet hij iets extra's voor doen. Die extra activiteit is nazorg.

Soms is nazorg gemakkelijk te leveren. Dat is het geval als de aard van het rechtmatigheidsgebrek het mogelijk maakt de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand te laten.²⁷ De rechtsverhouding tussen bestuur en burger blijft dan zoals het bestuur die in het bestreden besluit had vastgesteld, ook al heeft de rechter dat besluit vernietigd. Gemakkelijk heeft de rechter het ook als het bestuur na de vernietiging nog maar één besluit kan nemen. De rechter kan dan zijn uitspraak in de plaats van het vernietigde besluit stellen. In het bestuursrechtelijke jargon wordt dat genoemd: zelf in de zaak voorzien.²⁸

Als de rechter die een besluit van het bestuur heeft vernietigd geen mogelijkheid ziet de rechtsgevolgen ervan in stand te laten of zelf in de zaak te voorzien, moet hij het geschil dan weer in handen van het bestuur geven, of heeft hij een alternatief? Tot voor kort had hij geen alternatief, zij het dat hij wel mogelijkheden

²⁶ De wetgever ziet de bestuursrechter inmiddels als geschilbeslechter. Zie de op 16 augustus 2011 aan de Tweede Kamer toegestuurde Nota van Wijziging van het wetsvoorstel Wet aanpassing bestuursprocesrecht (*Kamerstukken II 2010/11*, 32 450, nrs. 7 en 8) waarin wordt voorgesteld om in de Awb een nieuw artikel 8:41a Awb op te nemen, dat als volgt zou moeten luiden: 'De bestuursrechter beslecht het hem voorgelegde geschil zoveel mogelijk definitief.' Daarbij wordt aangesloten bij aanbevelingen op grond van onderzoek in het kader van de derde evaluatie van de Awb (B.J. Schueler, J.K. Drewes e.a., *Definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter*, Den Haag: BJu 2007, p. 169) en jurisprudentie van de hoogste bestuursrechters (zie onder meer: ABRvS 26 augustus 2009, AB 2009/368 m.nt. De Waard, CRvB 3 november 2010, LJN BO3642, AB 2010/341 m.nt. Marseille, CRvB 3 november 2010, LJN BO3646, AB 2011/243 m.nt. A.M.L. Jansen).

²⁷ Artikel 8:72 lid 3. Zie hierover: Schreuder-Vlasblom 2011, p. 824-839.

²⁸ Artikel 8:72 lid 4 sub c Awb. Zie hierover: Schreuder-Vlasblom 2011, p. 839-852.

had de hernieuwde bestuurlijke besluitvorming enigszins te sturen.²⁹ Daarom is er een nieuw instrument bedacht. In het bestuursrechtelijke jargon wordt dat genoemd: de bestuurlijke lus. Het houdt in dat als een beroep gegrond is en het bestreden besluit vernietigd moet worden, maar tevens denkbaar is dat het bestuur de gebreken aan zijn besluit kan herstellen, de rechter het bestuur daartoe de kans biedt. Als het bestuur op dat aanbod ingaat, beoordeelt de rechter, in het kader van het beroep tegen het oorspronkelijke besluit van het bestuur, in een en dezelfde procedure het oorspronkelijke, onrechtmatige, besluit en de herstelprocedure van het bestuur.³⁰

Nazorg in de praktijk

We weten nog maar weinig over hoe de bestuurlijke lus in de praktijk werkt. Soms wordt bij de invoering van een nieuwe wet bepaald dat de werking daarvan moet worden geëvalueerd, maar bij de bestuurlijke lus is dat niet gebeurd.

Mijn eigen nieuwsgierigheid heeft me er toe gebracht twee Groningse studenten over te halen het een en ander uit te zoeken over de werking van de bestuurlijke lus, de ene in het kader van zijn afstudeerscriptie, de ander in het kader van haar onderzoeksstage. Het liefste had ik hen voorzien van zo veel mogelijk rechtbankuitspraken, maar die staan lang niet allemaal op internet. In plaats daarvan zijn ze gaan kijken naar uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en de Centrale Raad van Beroep, die wel allemaal op internet staan.

De twee studenten hebben zich op twee vragen gericht. De eerste was: als de bestuursrechter voor de keuze staat om al dan niet de bestuurlijke lus toe te

²⁹ Te denken valt aan het stellen van een termijn voor het nieuw te nemen besluit of het verbinden van een voorlopige voorziening aan de uitspraak (beide art. 8:72 lid 5 Awb), het ‘inkokeren van het geschil’ (zie: D.A. Verburg, ‘Finale geschilbeslechting en haar stiefkind, de ‘aangeklede’ opdracht om een nieuw besluit te nemen’, *JBplus* 2010, p. 153-178) en de informele bestuurlijke lus. Die houdt in dat de rechter, als hij zeker weet dat hij het besluit van het bestuur gaat vernietigen, het bestuur de gelegenheid geeft hem te laten weten welk besluit het voor het te vernietigen besluit in de plaats wil stellen en de andere partij(en) om daarop te reageren, zodat de rechter zelf in de zaak kan voorzien. Zie: D.A. Verburg, *De bestuursrechtelijke uitspraak*, Zutphen/Zeist: SSR/Uitgeverij Kerckebosch 2008, p. 196-197.

³⁰ Artikel 8:51a e.v. Awb en art. 8:80a e.v. Awb. Zie over de bestuurlijke lus in het algemeen: De Poorter & De Graaf 2011, p. 169-179. Zie over de eerste jurisprudentie betreffende de bestuurlijke lus: B.J. van Ettekoven & A.P. Klap, ‘De bestuurlijke lus als rechterlijke (k)lus’, *JBplus* 2010, p. 182-199.

passen, hoe vaak doet hij dat dan? De tweede vraag was: als de bestuurlijke lus wordt toegepast, hoe veel langer duurt de procedure dan?

Om een indruk te krijgen van de frequentie van toepassing van de bestuurlijke lus, heeft Suzanne van der Put, de studente die bij mij een onderzoeksstage liep, naar een aantal uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak en de Centrale Raad van Beroep gekeken. De selectie betreft uitspraken die zijn gedaan tussen 1 augustus en 16 september 2011 waarin de conclusie van de rechter is dat het bestreden besluit onrechtmatig is en moet worden vernietigd.³¹ Hij staat dan voor de keuze of hij het bij een vernietiging laat, of dat hij actie onderneemt om de finale beslechting van het aan hem voorgelegde geschil te bereiken.³² Daartoe heeft hij – zoals we al zagen – drie mogelijkheden: de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand laten, zelf in de zaak voorzien of de bestuurlijke lus toepassen.

In totaal is naar 133 uitspraken gekeken. Hoe vaak maakte de rechter gebruik van een van zijn bevoegdheden? In 18 uitspraken (13%) werden de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand gelaten, 29 uitspraken (22%) hielden in dat de rechter zelf in de zaak voorzag, in 20 uitspraken (15%) werd de bestuurlijke lus toegepast en in de overige 66 uitspraken (50%) liet de rechter het bij een vernietiging.³³

Hoe moeten we deze cijfers interpreteren? Kunnen we onder de indruk zijn van de nazorg die de rechter levert? Het antwoord is: het is maar hoe je het bekijkt.

³¹ Voor zover de uitspraken de Afdeling bestuursrechtspraak en de Centrale Raad als hogerberoepsrechter betreffen, zijn die uitspraken geselecteerd waarin de Afdeling of de Centrale Raad, *anders dan de rechtbank*, concludeert dat het besluit van het bestuursorgaan moet worden vernietigd.

³² Gezien de eerder genoemde jurisprudentie van de hoogste bestuursrechters is het woord ‘keuze’ eigenlijk niet precies genoeg; de rechter moet actief de mogelijkheid van definitieve beslechting onderzoeken. Zie de hiervoor genoemde uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak (AB 2009/368) en de Centrale Raad van Beroep (AB 2010/341 en AB 2011/243).

³³ De uitkomsten per instantie: Centrale Raad van Beroep als hogerberoepsrechter: 4 keer de rechtsgevolgen in stand gelaten, 16 keer zelf in de zaak voorzien, 15 keer de bestuurlijke lus toegepast, 20 keer het bij een vernietiging gelaten; Centrale Raad van Beroep als rechter in eerste en enige aanleg: 1 keer de rechtsgevolgen in stand gelaten, 6 keer het bij een vernietiging gelaten; Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State als hogerberoepsrechter: 3 keer de rechtsgevolgen in stand gelaten, 1 keer zelf in de zaak voorzien, 1 keer de bestuurlijke lus toegepast, 8 keer het bij een vernietiging gelaten; Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State als rechter in eerste en enige aanleg: 10 keer de rechtsgevolgen in stand gelaten, 12 keer zelf in de zaak voorzien, 4 keer de bestuurlijke lus toegepast, 38 keer het bij een vernietiging gelaten.

Op het eerste gezicht is het beeld positief, want in de helft van de gegronde beroepen wordt finale beslechting bereikt (rechtsgevolgen in stand laten of zelf in de zaak voorzien) of wordt daar een substantiële inspanning toe verricht (bestuurlijke lus toepassen). Maar bij nader inzien – en met name als we ons concentreren op de toepassing van de bestuurlijke lus – is de prestatie van de beide rechterlijke instanties toch iets minder indrukwekkend.

Als we de cijfers op een rij zetten en constateren hoe vaak de rechtsgevolgen in stand worden gelaten, zelf in de zaak wordt voorzien of de bestuurlijke lus wordt toegepast, kan gemakkelijk de indruk ontstaan dat de rechter drie finalegeschil-beslechtingsinstrumenten heeft die hij naar keuze kan inzetten. Dat is niet het geval. Als de rechter een besluit vernietigt en hij vervolgens gaat onderzoeken of finale beslechting desondanks mogelijk is, zal hij eerst de mogelijkheid van het in stand laten van de rechtsgevolgen moeten bezien, vervolgens (als dat er niet in zit) het zelf in de zaak voorzien en (als ook dat niet mogelijk blijkt) ten slotte de bestuurlijke lus.³⁴

Ter beoordeling van de prestaties van de rechter op het punt van de bestuurlijke lus is de relevante vraag derhalve: hoe vaak kiest de rechter voor toepassing daarvan, als hij een besluit heeft vernietigd en vervolgens heeft geconstateerd dat hij de rechtsgevolgen niet in stand kan laten en hij evenmin zelf in de zaak kan voorzien?

In 86 van de 133 uitspraken stond de rechter voor deze vraag.³⁵ In 20 daarvan besloot hij de bestuurlijke lus toe te passen, in de overige 66 niet. Uitgedrukt in percentages: in 23% van de gevallen paste hij de bestuurlijke lus wel toe, in 77% van de gevallen niet.

Het valt op dat er aanzienlijke verschillen zijn tussen de Afdeling bestuursrecht-spraak en de Centrale Raad van Beroep. Voor de Centrale Raad geldt dat die in ruim vier op de tien gevallen waarin hij voor de keuze stond de bestuurlijke lus

³⁴ Zie hierover: L.M. Koenraad & J.L. Verbeek, 'Finaliseren doe je zo', *NTB* 2011, 12; J.E.M. Polak, 'Effectieve geschilbeslechting: bestuurlijke lus en andere instrumenten', *NTB* 2011, 2.

³⁵ De 133 uitspraken, minus de 18 waarin de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand werden gelaten en de 29 waarin zelf in de zaak werd voorzien.

toe te passen, deze ook daadwerkelijk toepaste. De Afdeling bestuursrechtspraak paste de bestuurlijke lus slechts in een op de tien gevallen toe.³⁶

Opmerkelijk is ook het verschil tussen de situatie waarin de beide instanties als hogerberoepsrechter en als rechter in eerste en enige aanleg optreden. In hoger beroep wordt de bestuurlijke lus in 42% van de zaken toegepast, in eerste aanleg slechts in 8% van de zaken.³⁷

De vraag naar de frequentie waarmee de rechter de bestuurlijke lus toepast, impliceert een beetje dat hoe meer hij dat doet, des te beter het is. Uit de formulering die de hoogste bestuursrechters gebruiken in hun overwegingen betreffende de bestuurlijke lus, blijkt dat zij zelf vinden dat de inspanning van de rechter er op moet zijn gericht de geschillen die aan hem worden voorgelegd, zo veel mogelijk finaal te beslechten en dat de rechter dus iets heeft uit te leggen als hij beslist de bestuurlijke lus niet te gebruiken.³⁸ Een eerste opmerkingen hierbij is dat er goede redenen kunnen zijn de bestuurlijke lus niet toe te passen,³⁹ een tweede opmerking is dat de motivering van de beslissing om toepassing achterwege te laten nogal eens weinig verhelderend is.⁴⁰

Het onderzoek naar de toepassing van de bestuurlijke lus richtte zich noodgedwongen op de hoogste bestuursrechtelijke instanties, maar dat neemt niet weg dat de rechtbanken uiteindelijk de instanties zijn waar het succes van de bestuurlijke lus zal worden bepaald. Het is onbekend hoe vaak zij van dat instrument gebruik maken, maar het zou mij verbazen als zij dat even vaak, of vaker, doen dan de Afdeling bestuursrechtspraak en de Centrale Raad van Beroep.

In de eerste plaats wijzen de geluiden die ik opvang niet op bovenmatige activiteit of enthousiasme. Maar los daarvan zou het van de rechtbanken een veel

³⁶ De Centrale Raad: in 15 van de 41 gevallen waarin hij voor die keuze stond. De Afdeling bestuursrechtspraak: in 5 van de 51 gevallen waarin zij voor die keuze stond. Het verband is statistisch significant (Tau-b = .32, $p < .01$).

³⁷ Het verband is statistisch significant (Tau-b = .34, $p < .01$).

³⁸ Zie opnieuw: ABRvS 26 augustus 2009, AB 2009/368 m.nt. De Waard, CRvB 3 november 2010, LJN BO3642, AB 2010/341 m.nt. Marseille, CRvB 3 november 2010, LJN BO3646, AB 2011/243 m.nt. A.M.L. Jansen.

³⁹ Zie bijvoorbeeld CRvB 21 juni 2011, AB 2011/208 en Rb. Utrecht 29 juni 2011, AB 2011/209, beide m.nt. Marseille.

⁴⁰ Een willekeurig voorbeeld: CRvB 16 augustus 2011, LJN BR5110.

grotere inspanning vergen om even vaak als hogerberoepsinstanties de bestuurlijke lus toe te passen. Dat heeft er mee te maken dat rechtbanken veel vaker voor de vraag naar de toepassing van de bestuurlijke lus komen te staan dan hogerberoepsinstanties. Die rekensom is snel gemaakt.

Van de beroepen die rechtbanken behandelen is de verhouding tussen uitspraken waarin het beroep ongegrond en gegrond wordt verklaard ongeveer een op drie. In een op de drie gevallen staan rechters van rechtbanken dus voor de vraag of zij een van de instrumenten ter finale beslechting moeten inzetten.⁴¹ Hogerberoepsinstanties oordelen over de uitspraak van de rechtbank. In drie op de vier gevallen accorderen ze die.⁴² Daarmee zit hun taak er in beginsel op. Alleen als ze de uitspraak van de rechtbank niet bevestigen, staan ze voor de vraag of ze nog iets moeten ondernemen ter finale beslechting van het geschil. In de helft van de gevallen houdt het oordeel echter in dat de rechtbank het beroep ten onrechte gegrond heeft verklaard,⁴³ zodat ook dan de vraag naar de inzet van finalebeslechtingsinstrumenten niet aan de orde is. Alleen als de appelrechter oordeelt dat de rechtbank het beroep ten onrechte ongegrond heeft verklaard, met als consequentie dat zowel de rechtbankuitspraak als het het besluit van het bestuur wordt vernietigd, is de vraag naar de inzet van geschilbeslechtende instrumenten aan de orde. Dat betreft slechts 10% van de uitspraken die hogerberoepsrechters doen. Hogerberoepsinstanties komen dus drie keer zo weinig als rechtbanken voor de vraag te staan of ze nog iets moeten ondernemen ter finale beslechting van het geschil. Kort maar goed: er van uitgaande dat rechtbanken even vaak als appelinstanties gebruik maken van de bevoegdheid de rechtsgevolgen van een vernietigd besluit in stand te laten en van de bevoegdheid zelf in de zaak te voorzien, staat een rechter van een rechtbank in een op de vijf zaken waarin hij uitspraak doet voor de vraag of hij de bestuurlijke lus moet toepassen en een appelrechter slechts in een op de veertien zaken waarin hij uitspraak doet.

Minstens zo interessant als de vraag hoe vaak de bestuurlijke lus wordt toegepast, is de vraag hoe veel tijd het toepassen van de bestuurlijke lus de rechter

⁴¹ Marseille, De Graaf & Smit 2007; Marseille 2009a.

⁴² Afdeling bestuursrechtspraak: 17% (zie A.T. Marseille, 'De dagelijkse praktijk van het hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak', *NJB* 2003, p. 1062-1069), Centrale Raad van Beroep: 25% (zie Marseille 2009a)

⁴³ Marseille 2003.

kost. Het eerlijke antwoord op die vraag is: daar hebben we nog nauwelijks een beeld van. Desondanks ga ik er toch iets over zeggen. Wybrand Dorenbos, de student die bij mij in de eerste helft van 2011 een scriptie heeft geschreven over de toepassing van de bestuurlijke lus, heeft zestien zaken gevonden waarvan behalve een tussenuitspraak ook een einduitspraak was gedaan.⁴⁴ De tussenuitspraak werd gemiddeld 50 weken na het instellen van het beroep gedaan. Vervolgens duurde het gemiddeld zes weken voordat het bestuur reageerde op de door de rechter geboden gelegenheid tot herstel van het gebrek en daarna nog negentien weken voordat de rechter met zijn einduitspraak kwam. Tussen de tussenuitspraak en de einduitspraak lagen gemiddeld 22 weken. Wat kan uit deze cijfers worden geconcludeerd? Niet zo veel, omdat ze zijn gebaseerd op een gering aantal zaken. Ze bieden echter geen steun aan de gedachte dat de bestuurlijke lus een relatief simpele, weinig tijdrovende activiteit is.⁴⁵

Uit wat we op dit moment weten over de toepassing van de bestuurlijke lus, komt als beeld naar voren dat deze nog niet massaal wordt toegepast en dat de toepassing niet zonder meer tot een snelle beslechting van het aan de rechter voorgelegde geschil leidt. De meest voor de hand liggende vraag naar aanleiding van de beschikbare gegevens is wellicht: waarom wordt de bestuurlijke lus niet vaker toegepast? De drie meest interessante vragen zijn wat mij betreft de volgende. Welke factoren bepalen of de rechter al dan niet gebruik maakt van de bestuurlijke lus? Wat is het effect van toepassing van de bestuurlijke lus op het verloop en de afloop van het betreffende geschil? Hoe waarden de betrokken partijen de beslissing van de rechter om al dan niet de bestuurlijke lus toe te passen? Dat zijn vragen waar ik graag onderzoek naar zou willen doen.

⁴⁴ Het betreft twaalf uitspraken van rechtbanken, twee van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en twee van de Centrale Raad van Beroep.

⁴⁵ Qua tijdsbeslag heeft de bestuurlijke lus veel weg van het door de rechter geïnstigende deskundigenonderzoek, dat vijftien jaar geleden regelmatig voorkwam en nu nog maar zelden. Dat nam gemiddeld 24 weken in beslag. Zie Marseille 2003, p. 82.

5

Voorzorg voor de rechter,
door het bestuur

Voorzorg voor de rechter kent een – relatief – lange geschiedenis. Vanaf de invoering van de Awb geldt als hoofdregel dat wie bevoegd is beroep bij de bestuursrechter in te stellen, dat pas kan doen als hij voorafgaand daaraan bezwaar heeft gemaakt bij het bestuursorgaan dat het besluit heeft genomen waar hij het niet mee eens is.

De bezwaarprocedure is bedoeld als laagdrempelige eenvoudige procedure, waarin conflicten van burgers met de overheid kunnen worden opgelost.⁴⁶ In de praktijk heeft de gang van zaken in de bezwaarprocedure meer weg van de procedure bij de bestuursrechter. De behandeling wordt in de meeste gevallen gedomineerd door een externe onafhankelijke bezwaaradviescommissie, veelal bestaande uit juristen die zich concentreren op de vraag of het aangevochten besluit van het bestuur rechtmatig is. De hoorzitting van de bezwaaradviescommissie lijkt sterk op een zitting bij de rechtbank, het advies van de commissie fungeert als een quasi concept-uitspraak die meestal zonder meer wordt gevolgd door het bestuursorgaan dat op het bezwaar moet beslissen.⁴⁷

Bezwaarmakers zijn niet erg te spreken over deze formele aanpak van de bezwaarprocedure. Onderzoek waarin burgers werd gevraagd om ruim vijftig verschillende vormen van overheidsdienstverlening met een cijfer te waarderen, leverde voor bezwaar- en klachtprocedures een score van 4,8 op.⁴⁸ Geen geruststellend gegeven, te meer daar jaarlijks 2,6 miljoen bezwaarprocedures worden gevoerd. Recent onderzoek onder leiding van Boudewijn de Waard naar ervaringen van burgers met bezwaarprocedures bevestigt dat beeld. Bijna 70% van de bezwaarmakers blijkt een negatief eindoordeel over de bezwaarprocedure te hebben. Zo vindt men de procedure te lang duren, wordt de onpartijdigheid van de bezwaarbehandelaars in twijfel getrokken en vindt men dat in de beslissing op het bezwaar onvoldoende rekening wordt gehouden met wat tijdens de hoorzitting naar voren is gebracht en onvoldoende wordt ingegaan op de bezwaren.⁴⁹

⁴⁶ Zie over de oorspronkelijke bedoeling van de bezwaarprocedure, het interview met Michiel Scheltema in Marseille, Tolsma & De Graaf 2011, p. 12-18.

⁴⁷ Uit lopend promotieonderzoek, uitgevoerd aan de Rijksuniversiteit Groningen door E.M. Rink, komt naar voren dat bestuursorganen in minder dan 5% van de bezwaarzaken het advies van de bezwaaradviescommissie niet overnemen.

⁴⁸ Onderzoek naar de kwaliteit van overheidsdienstverlening. 1-meting, in opdracht van het Ministerie van BZK uitgevoerd door TNO NIPO, 2009.

⁴⁹ B.W.N. de Waard (red.), *Ervaringen met bezwaar*, Den Haag: BJu 2011, p. 73-83.

Een van de gevolgen van de formalisering van de bezwaarprocedure is dat de bestuursrechter vaker dan nodig met geschillen te maken krijgt die in bezwaar hadden kunnen worden opgelost. Vanuit het perspectief van de bestuursrechter is het dan ook verheugend dat een aantal bestuursorganen de afgelopen jaren is gaan experimenteren met een andere wijze van bezwaarbehandeling, onder de noemer ‘informele aanpak’.⁵⁰

De ‘informele aanpak’ houdt in dat het bestuur – in de praktijk: de voor de behandeling van de bezwaren verantwoordelijke ambtenaren (de bezwaarbehandelaars) – in reactie op bezwaren die bij hem binnenkomen niet als automatisme de formele in de Awb voorgeschreven procedure in gang zet, maar zich in plaats daarvan allereerst de volgende twee vragen stelt. De eerste: welk probleem ligt aan het bezwaar ten grondslag? De tweede: op welke manier kan dat probleem het beste worden aangepakt? Ter beantwoording van die vragen wordt vervolgens een werkwijze gekozen waarvan te verwachten valt dat de kans op succes het grootst is.

In de overgrote meerderheid van de gevallen wordt om te beginnen telefonisch contact opgenomen met de bezwaarmaker, om een beeld te krijgen van het aan het bezwaar ten grondslag liggende probleem, zodat kan worden beslist hoe dat het beste kan worden aangepakt. Soms leidt het telefoongesprek tot de afspraak om tafel te gaan met de bezwaarbehandelaar en iemand van de afdeling die het besluit heeft voorbereid (de vakafdeling), om te kijken of er een oplossing kan worden gevonden voor het probleem waar de bezwaarmaker mee zit. Het komt ook voor dat het telefoongesprek leidt tot intrekking van het bezwaar of dat als-nog wordt afgezien van de informele aanpak, hetzij omdat de bezwaarmaker liever de formele procedure volgt, hetzij omdat de vakafdeling weinig voelt voor een informele behandeling van het bezwaar. Heeft de informele aanpak succes, dan betekent dat per definitie dat het bezwaar wordt ingetrokken en in een aantal gevallen tevens dat het bestuur zijn besluit herziet.

⁵⁰ Lynn van der Velden, Caroline Koetsenruijter & Martin Euwema, *Prettig contact met de overheid 2; Eindrapport pioniertraject mediationvaardigheden*, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2010. Zie voorts: A.F.M. Brenninkmeijer & A.T. Marseille, ‘Meer succes met de informele aanpak van bezwaarschriften’, *NJB* 2011, 1586, p. 2010-2016; M. Herweijer & J.R. Lunsing, *Hoe beleven burgers de bezwaarprocedure?*, Den Haag, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2011.

Het interessante van de informele aanpak is dat die – anders dan de traditionele bezwaarprocedure – niet de formele rechtmatigheidstoetsing door de bestuursrechter als inspiratiebron neemt, maar in plaats daarvan het ideaal van op de individuele omstandigheden van het geval toegesneden regeltoepassing. Het gaat bij de informele aanpak overigens niet om een protocol waarin een bepaalde volgorde van handelen door het bestuur is vastgelegd, maar om een gevarieerde werkwijze – met aanzienlijke verschillen tussen verschillende bestuursorganen – ten bate van een eenduidig doel: een rechtvaardige procedure met een voor alle partijen aanvaardbare uitkomst.

Effect van de voorzorg door het bestuur

Wat is het effect van de informele aanpak op de mate waarin na de bezwaarprocedure beroep bij de rechter wordt ingesteld? Dat is onbekend. Echter, aangenomen kan worden dat de informele aanpak tot een daling van het aantal procedures bij de bestuursrechter leidt. Immers, het aantal bezwaarzaken dat een vervolg bij de bestuursrechter *kan* krijgen, is kleiner naarmate de informele aanpak vaker succesvol is en tot de intrekking van het bezwaar leidt. En feit is dat de informele aanpak, voor zover onderzocht, in twee-derde van de gevallen tot de intrekking van het bezwaar leidt.⁵¹

Het geheim van de informele aanpak schuilt in het feit dat het de voorsprong die het bestuur als geschilbeslechter heeft ten opzichte van de rechter, maximaal uitbuit. Worden de geschilbeslechtende vermogens van bestuur en bestuursrechter met elkaar vergeleken, dan is het bestuur duidelijk in het voordeel. Het voordeel van het bestuur is in een woord samen te vatten: speelruimte. De informele aanpak zet het bestuur er toe aan de speelruimte die het bezit, zo veel mogelijk te benutten voor het oplossen van de aan bezwaren ten grondslag liggende geschillen.

Op dit moment zijn wij in Groningen bezig met een onderzoek naar de juridische kwalificatie van de uitkomsten van de informele aanpak. Het onderzoeksmateriaal bestaat uit honderden formulieren die ambtenaren die bij de informele aanpak waren betrokken, hebben ingevuld, nadat een bezwaarzaak op een

⁵¹ Van der Velden, Koetsenruijter & Euwema 2010, p. 74. Vermelding verdient dat de selectie van bezwaarzaken die in aanmerking werden gebracht voor de informele aanpak per bestuursorgaan verschilde.

informele manier was aangepakt. Op die formulieren is te lezen wat de uitkomst is van de informele aanpak en, als er overeenstemming is bereikt tussen bestuursorgaan en bezwaarmaker(s), wat die overeenstemming inhoudt. De overeenstemming is in veel gevallen gebaseerd op het gebruik door het bestuur van diens speelruimte.

Drie soorten uitkomsten zijn te onderscheiden. Ze kunnen worden betiteld als ‘acceptatie’, ‘herziening’ en ‘creatieve oplossing’. Acceptatie houdt in dat het oorspronkelijke besluit van het bestuur blijft zoals het is, herziening dat het in meer of mindere mate wordt gewijzigd, een creatieve oplossing dat het besluit weliswaar in stand blijft, maar dat het bestuur een andere handeling verricht ter oplossing van het geschil.

Alle creatieve oplossing en een deel van de herzieningen kunnen op het conto worden geschreven van het gebruik door het bestuur van diens speelruimte. Het betreft oplossingen van het geschil die de rechter niet had kunnen bereiken⁵² en die in de reguliere bezwaarprocedure veelal niet wordt bereikt, omdat het bestuur daar, door de manier waarop het de bezwaarprocedure heeft georganiseerd, zich zijn eigen speelruimte heeft ontnomen.

Hoe benut het bestuur diens speelruimte?

Herziening kan op twee verschillende manieren het gevolg zijn van de benutting door het bestuur van diens speelruimte. Een eerste situatie betreft bezwaren tegen het buiten behandeling laten van een aanvraag, omdat de aanvrager het bestuur onvoldoende gegevens heeft geleverd voor het nemen van een beslissing op de aanvraag. Als het bestuur bij gebreke aan door een aanvrager te leveren gegevens een aanvraag buiten behandeling laat en de ontbrekende gegevens worden in de bezwaarprocedure alsnog aangeleverd, is het niet verplicht de aanvraag in bezwaar alsnog inhoudelijk te beoordelen. Maar het mag wel. In de informele aanpak wordt gehandeld naar het motto: beter laat dan nooit, en wordt het besluit zo nodig herzien op grond van gegevens waar de bezwaarmaker al veel eerder mee had kunnen komen.

⁵² Althans, niet zonder vrijwillige medewerking van het bestuur.

De tweede situatie betreft het gebruik van discretie door het bestuur. In de formulieren die ik onder ogen heb gekregen was opvallend vaak sprake van situaties waarin de oplossing van een geschil dat aanleiding was voor het maken

van bezwaar, werd gevonden in een andere aanwending door het bestuur van diens discretionaire bevoegdheid. Soms gaat het om een ander gebruik door het bestuur van diens beleidsvrijheid, soms om een andere interpretatie van een vage norm, soms om een gewijzigde waardering van de door de bezwaarmaker aangedragen feiten.

Bij de categorie ‘creatieve oplossing’ is per definitie sprake van het benutten van speelruimte door het bestuur. Vier verschillende soorten creatieve oplossingen zijn te onderscheiden. Ze kunnen worden omschreven als: financiële coulance; procedurele coulance; hulp & advies; faciliteren van onderhandelingen tussen bij het bezwaar betrokken partijen. Van elk van die vier geef ik een voorbeeld.

Financiële coulance: Een aanvraag om bouwvergunning wordt afgewezen; in bezwaar blijkt dat voor het ingediende bouwplan geen vergunning kan worden verleend, maar wel voor een iets gewijzigd plan; afgesproken wordt dat de oorspronkelijke aanvraag wordt ingetrokken en dat een nieuwe aanvraag wordt gedaan, zonder dat het bestuur opnieuw leges heft.

Procedurele coulance: Iemand heeft een stacaravan in zijn tuin gestald. Hij moet die voor 1 januari 2012 weghalen. Tijdens de behandeling van zijn bezwaar tegen dat besluit blijkt dat hij per 1 februari 2012 een opslagruimte kan regelen. Bestuur en bezwaarmaker spreken af dat pas wordt gehandhaafd als de stacaravan op 1 februari 2012 nog steeds in de tuin staat.

Hulp & advies: Er is bezwaar gemaakt tegen het verplicht moeten volgen van een inburgeringscursus. De uitkomst van de informele aanpak is enerzijds dat die verplichting in stand blijft, maar anderzijds dat de gemeente gaat proberen de bezwaarmaker samen met cursisten uit haar buurt naar het lesgebouw, dat een heel eind verder ligt, te laten gaan.

Faciliteren van onderhandelingen tussen bij het bezwaar betrokken partijen: Een vergunning maakt het mogelijk een schuurtje op plek x in de tuin van de vergunninghouder te plaatsen. De buurman heeft daar bezwaar tegen. Naar aanleiding van het bezwaar worden de beide burens met elkaar in contact gebracht; ze spreken af dat het schuurtje op plek y wordt geplaatst.

De voor de hand liggende vraag bij de informele aanpak is: neemt het bestuur niet meer speelruimte dan het bezit? Anders gezegd: gaat het wel volgens de regels? Mijn indruk is: in de meeste gevallen wel. Maar een andere indruk die ik heb opgedaan uit al die door bezwaarbehandelaars ingevulde formulieren lijkt mij van groter belang. Dat is dat mocht het al niet volgens de regels gaan, de gevonden oplossingen de regels nooit ver overschrijden en tevens dat de overschrijding bijna altijd te rechtvaardigen is.

Als er al een gevaar schuilt in de informele aanpak, betreft dat de situatie dat het besluit waar het bezwaar zich tegen richt onrechtmatig is, zonder dat dat wordt onderkend. Voor de bezwaaradviescommissie is in de informele aanpak in beginsel geen plaats weggelegd. In het slechtste geval zijn zowel vakafdeling en bezwaarbehandelaars er van overtuigd dat het bestreden besluit rechtmatig is en slagen ze er in – vanwege hun communicatieve vaardigheden – de bezwaarmaker deelgenoot van die overtuiging te maken. De uitkomst van de informele aanpak is dan dat het bezwaar wordt ingetrokken omdat de bezwaarmaker ten onrechte denkt niet in zijn recht te staan. Van belang is daarom dat de informele aanpak een mechanisme bevat dat compensatie biedt voor het wegvallen van de bezwaaradviescommissie als onbevangen en deskundige beoordelaar van de juridische kwaliteit van het bestreden besluit.

Dit alles neemt niet weg dat het bestuur met de informele aanpak er zeer aan kan bijdragen dat de bestuursrechter minder vaak te maken krijgt met geschillen die niet met zijn bemoeienis zijn gebaat.

6

Voorzorg voor de rechter,
door de wetgever

De wetgever biedt voorzorg voor de rechter door het reguleren van de toegang tot diens procedure. De toegang tot de rechter is per definitie aan grenzen gebonden.⁵³ Twee soorten begrenzingen kunnen worden onderscheiden. Een eerste begrenzing betreft de eisen die worden gesteld aan de hoedanigheid van degene die toegang wil tot de bestuursrechter. In Nederland geldt dat een appellant belanghebbende moet zijn bij het besluit waar hij een oordeel van de rechter over wil.⁵⁴ Daarnaast zijn er drempels die een belanghebbende, die in beginsel toegang heeft tot de bestuursrechter, moet overschrijden om te bereiken dat hij een oordeel van de bestuursrechter kan krijgen over zijn geschil met het bestuur. Zo moet hij voorafgaand aan de procedure bij de rechter bezwaar hebben gemaakt bij het bestuur, moet het beroep binnen zes weken worden ingesteld, moet het beroepschrift aan allerlei formele eisen voldoen en is griffierecht verschuldigd.⁵⁵

Waar sprake is van begrenzing van de toegang tot de rechter, is per definitie ook discussie over de vraag of de grenzen goed getrokken zijn. Soms is de vraag: zijn de grenzen te nauw getrokken? Soms: zijn ze niet te ruim? Er is een aspect van de begrenzing van de toegang tot de bestuursrechter waarover ik iets wil zeggen. Het betreft het griffierecht dat iedereen die bij de bestuursrechter in beroep gaat, moet betalen. Op dit moment bedraagt dat € 41 voor socialezekerheidszaken en € 150 voor overige zaken.⁵⁶

In oktober 2011 is het Wetsvoorstel verhoging griffierechten ingediend.⁵⁷ Wordt dit wetsvoorstel tot wet, dan gaat een griffierecht gelden van € 250 voor socialezekerheidszaken en € 400 voor overige zaken. Personen met een lager inkomen betalen minder. Het laagste bedrag dat in rekening wordt gebracht is € 125.⁵⁸ De verhoging is het grootst voor socialezekerheidszaken. Daar wordt het griffierecht drie tot zes keer hoger dan het nu is.

⁵³ H.E. Bröring, 'Over grenzen en gradiënten in ons bestuursprocesrecht', in: A.F.M. Brenninkmeijer e.a. (red.), *De taakopvatting van de rechter*, Den Haag: BJu 2003, p. 111-120.

⁵⁴ Zie artikel 8:1 lid 1 Awb: 'Een belanghebbende kan tegen een besluit beroep instellen bij de rechtbank' en artikel 1:2 lid 1 Awb: 'Onder belanghebbende wordt verstaan: degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken'.

⁵⁵ Zie de artikelen 6:7, 6:5 en 8:41 Awb.

⁵⁶ Zie art. 8:41 Awb; voor rechtspersonen bedraagt het € 298. In hoger beroep € 224 voor natuurlijke personen, € 448 voor rechtspersonen; het verlaagd tarief bedraagt € 111.

⁵⁷ *Kamerstukken II 2011/12*, 33 071.

⁵⁸ Hoger beroep: 250% van het bedrag dat in eerste aanleg wordt geheven.

Op de voorgenomen verhoging is van verschillende kanten zeer scherpe kritiek geuit.⁵⁹ Ik heb daar weinig aan toe te voegen, omdat ik het van harte eens ben met die kritiek en die niet nog beter kan verwoorden.

Hoe scoort een draconische verhoging van het griffierecht als voorzorgsmaatregel? Dat hangt er vanaf wat met de voorzorg wordt beoogd. Is het doel te bewerkstelligen dat van de diensten van de bestuursrechter zo weinig mogelijk gebruik wordt gemaakt, dan scoort die wellicht heel goed. Is het doel echter om, waar ik aan het begin van mijn verhaal over had, te bewerkstelligen dat van de diensten van de bestuursrechter zo weinig mogelijk gebruik hoeft te worden gemaakt, dan is zo goed als zeker dat het effect van de griffierechtverhoging averechts is. Dat heeft onder meer te maken met de wetenschap bij partijen die in een geschil zijn verwikkeld dat, mochten ze er niet uitkomen, de gang naar de rechter een reële optie is. Dat biedt een goede uitgangspositie hun geschil zonder tussenkomst van de rechter op te lossen. Wordt de rechtspraak minder toegankelijk, dan kan dat gevolgen hebben voor de mogelijkheid geschillen buiten de rechter om op te lossen. Voorzorg voor de rechter door de wetgever is prima, maar liever niet op deze manier.

⁵⁹ Eddy Bauw, Frans van Dijk & Frank van Tulder, 'Een stille revolutie? De gevolgen van de invoering van kostendekkende griffierechten', *NJB* 2010, 2047, p. 2528-2536; C.J.A. de Bruijn, 'Het wetsvoorstel kostendekkende griffierechten en de toegang tot de rechter in het bestuursrecht', *NJB* 2011, 1937, p. 2568-2574; B.J. van Etteken & D.A. Verburg, 'Uurtje, factuurtje: rekeningrijden bij de bestuursrechter. Over kostendekkende griffierechten', *JBplus* 2011, p. 142-158.

7 Conclusie

Ik kom tot een afronding. Het is een hele kunst er voor te zorgen dat geschillen die zijn geholpen met de bemoeienis van de bestuursrechter, hem bereiken. Het is ten minste een even grote kunst er voor te zorgen dat geschillen die beter af zijn zonder zijn aandacht, niet bij hem terechtkomen. Dat sprake is van zinvol gebruik van de mogelijkheid van beroep bij de bestuursrechter is de zorg van de rechter zelf, van het bestuur en van de wetgever. Ik ben een bevoorrechte buitenstaander aan wie het gegund is daar onderzoek naar te doen. Deze oratie biedt een tussenstand, dus in mijn conclusie houd ik het voorzichtig. Mijn indruk is dat de bestuursrechter beter in staat is tot het bieden van voorzorg dan van nazorg, dat voor het bestuur – als het zijn taak op dat punt serieus neemt – een gouden toekomst als voorzorg in het verschiet ligt en dat de vorm van voorzorg die de wetgever voor de bestuursrechter in petto heeft, een desastreus effect heeft op de mogelijkheden van bestuursrechter en bestuur te doen wat hun is toevertrouwd: er voor zorgen dat geschillen tussen bestuur en burger worden beslecht.

Ten slotte

Ik kom toe aan het leukste en, zo zal straks blijken, het moeilijkste gedeelte van de oratie.

Dat ik hier op deze plaats sta, heb ik aan een groot aantal personen te danken. Die wil ik graag noemen.

Allereerst noem ik het College van Bestuur van de Universiteit van Tilburg, die heeft ingestemd met mijn benoeming, de Stichting Bijzondere Leerstoelen, die mij heeft benoemd en de Stichting Bestuursrecht en Bestuurskunde, die mijn leerstoel heeft gevestigd.

Maar ik wil ook een aantal personen met name noemen en daarbij vertellen waarom ik juist hen noem. Ik kamp daarbij wel met twee problemen. Het eerste is dat het er te veel zijn. Ik moet me dus beperken. Ik ga het bij tien houden – en wordt u niet genoemd, dan kunt er zeker van zijn dat u de elfde, of anders zeker de twaalfde was geweest. Het tweede probleem is dat het aantal positieve kwalificaties waarmee je kunt strooien eindig is. Als je één persoon in het zonnetje wilt zetten, heb je ruim de keuze. Maar ik ga dat bij tien personen doen. Dan is het gevaar groot dat dezelfde kwalificaties steeds weer terugkeren. Al gauw is iedereen aardig en bijzonder. Ik zal me daarom ook beperken in mijn kwalificaties.

Wie wil ik allemaal noemen? In alfabetische volgorde zijn dat: Maurice Adams, Herman Bröring, Fred Bruinenberg, Kars de Graaf, Michiel Herweijer, Jan Jans, Peter Laskewitz, mijn moeder, Gjalt Reidsma, Michiel Scheltema en Boudewijn de Waard.

En hoe vallen ze te kwalificeren? Ze bezitten elk minstens drie van de volgende tien eigenschappen. Ook weer in alfabetische volgorde zijn ze betrokken, creatief, daadkrachtig, enthousiast, genereus, kritisch, loyaal, onvermoeibaar, optimistisch en onbaatzuchtig.

Wie van de tien bij welke van die eigenschappen horen, daar ga ik nu nog even niet op in, maar ik wil wel noemen waarom ik deze personen met deze eigenschappen juist hier en nu noem.

Maurice Adams, voorzitter van mijn Tilburgse vakgroep, noem ik omdat met name hij ervoor heeft gezorgd dat ik mij heel snel in Tilburg thuis ben gaan voelen,

Jan Jans, vakgroepvoorzitter in Groningen, omdat hij een meester is in het bedenken en ten uitvoer brengen van masterplannen, vaak met als doel het beste in anderen naar boven te halen,

Boudewijn de Waard, omdat het mooiste wat je beroepsmatig kan overkomen, is dat je ineens collega bent van je favoriete vakgenoot,

Michiel Herweijer, mijn ene promotor, vanwege zijn tomeloze inzet, juist ook ten bate van anderen,

Michiel Scheltema, mijn andere promotor, omdat hij de ander altijd in het centrum van zijn aandacht plaatst,

Herman Bröring, alleen al omdat het dankzij hem is dat ik weer bij de universiteit kon gaan werken, na vijf geweldige jaren bij de rechtbank,

Fred Bruinenberg, omdat ik vooral aan hem te danken heb dat het vijf geweldige jaren waren,

Peter Laskewitz, omdat ik hem – zeer tot mijn geluk – van mijn vrienden het langst ken,

Kars de Graaf, omdat hij een fenomenale kamergenoot is,

mijn moeder, omdat ze op haar vijfentachtigste zo veel voor zo veel mensen betekent,

en Gjalt, omdat er zonder hem niets aan is en met hem alles geweldig.

Ik heb gezegd.

Colofon

copyright

Prof.mr.dr. A.T. Marseille

vormgeving

Beelenkamp ontwerpers, Tilburg

fotografie omslag

Ton Toemen

druk

PrismaPrint, Tilburg University

